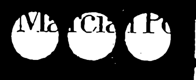
Prudentia iuris

MIGUEL AYUSO

DE LA LEY A LA LEY
Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad

Miguel Ayuso
DE LA LEY A LA LEY Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad



Marcial Pons

En este ensayo, el autor, profesor de Derecho Constitucional n la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, conocido por us reflexiones críticas sobre la situación presente de la teoría lel Estado (*¿Después del Leviathan?*, 1996) y de la Constitución (*El ágora y la pirámide*, 2000), ilustra las transormaciones de la ley en su tránsito de la concepción clásica a a moderna, avistando las consecuencias de esta última y preentando un proceso que de la crisis del derecho por el predoninio de la ley ha concluido en la crisis de la misma ley. Esto s, el signo de la postmodernidad político-jurídica. El llamado stado de derecho aparece así implicado en sus limitaciones ara acoger íntegramente la experiencia de por qué el hombre o puede no vivir en comunidad y por qué el derecho no puede ino venir referido a la comunicación entre los hombres, más llá del simple control social.



DE LA LEY A LA LEY

Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad

5 553541

Prudentia iuris

MIGUEL AYUSO

DE LA LEY A LA LEY

Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad

Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
Madrid 2001 Barcelona

Esta colección se edita con la colaboración de la Fundación Francisco Elías de Tejada.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-915-9
Depósito legal: M. 50.031-2001

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2001

Colección
Prudentia iuris

Director
Miguel Ayuso

La definición clásica de la jurisprudencia —en su sentido riguroso de prudencia del derecho— como la ciencia de lo justo y de lo injusto por medio del conocimiento de todas las cosas humanas y divinas, de un lado, abre la ciencia jurídica a la experiencia en su integridad, mientras que, de otro, centra su especificidad en la determinación de lo justo y el discernimiento de lo injusto. Así, lo justo jurídico, determinado prudencialmente, adquiere un estatuto propio entre la virtud de la justicia y las exigencias de la politicidad natural del hombre, concretada en el bien común.

Colección *Prudentia iuris*

1. Francesco GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad.*
2. Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad.*
3. Álvaro D'ORS, *Bien común y enemigo público.*

A la memoria
de Eugenio Vegas Latapie

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN

Las presentes páginas, que —como reza el subtítulo— giran en torno de la legalidad y la legitimidad, tienen su origen en unas lecciones pronunciadas en la Universidad de Udine en mayo de 2000, merced a una amable invitación del profesor Danilo CASTELLANO, catedrático de Filosofía del Derecho del ateneo friulano. Van dedicadas a la memoria de un gran maestro, Eugenio VEGAS LATAPIE, cuya huella ha podido quizá difuminarse en el conjunto de las celebridades hodiernas, pese al bien significado y relevante papel que desempeñó durante decenios, pero que acrece día a día en el recuerdo de quienes tuvimos la gracia de tratarle.

Ensamblan materiales de diversa procedencia y factura, producidos también en distintos momentos, pero que se adaptaron para su presentación orgánica. Se ha buscado, así, un tratamiento universal, por más que la comprensión haya de resultar naturalmente más sencilla para el lector español, a cuenta de los ejemplos extraídos de la reciente experiencia jurídico-política hispana.

He ahí también explicación del guiño contenido en el título que rubrica las reflexiones, y que no

fue el original. Ya que si, de un lado, hace referencia al núcleo argumental, por el tránsito de las que han sido denominadas concepciones "clásica" y "moderna" de la ley, lo que es de esperar haya resultado inteligible para el oyente o lector italiano, de otro, evoca una concreta operación de gran trascendencia entre los españoles, y que se explicó con tal fórmula, casi un sortilegio, a resultas de la cual se canceló una legitimidad —que algunos recusaban— en nombre de una nueva que se pretendió en cambio luego la única, así como la pura y simple legalidad al conjuro de un sedicente y exclusivo "imperio de la ley". Como quiera que en esa "transición" el recurso a la ley se hiciera para disimular y aun sortear la vigencia de la legalidad que destilaba la superior legitimidad, de un tal proceder hubo de surgir o cuando menos agravarse el descrédito no sólo de la legitimidad, sino de la propia legalidad, y aun no sólo de las concretas en juego, sino de cualesquiera.

Pero éste es otro cantar al que ya hemos dedicado páginas en otro cancionero. Baste sólo ahora como explicación de un título en parte enigmático, pero que tiene la virtud de tocar en su concreción no sólo la legalidad, sino la legitimidad y las relaciones enrevesadas que sostienen entre sí en el seno del pensamiento moderno, incluyendo en tal su deriva postmoderna.

CAPÍTULO 1

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD
Una introducción terminológica, histórica y teorética

1. UN TEXTO DE ÁLVARO D'ORS

Se debe al gran romanista español Álvaro D'ORS una explicación bien aguda, enmarcada en las férreas categorías —a veces en exceso— de su pensamiento, de las relaciones entre legalidad y legitimidad, a las que añade la lealtad, a partir precisamente del concepto de ley. Pese a la extensión de la cita, me parece útil ponerla ante el lector en los pródromos de estas lecciones sobre legalidad y legitimidad. Escribe el profesor D'ORS: «En latín, *legitimus* no quiere decir más que (...) la conformidad con la *lex*, que ella misma es un mandato de la potestad, pero, en las lenguas modernas, el concepto de ley aparece más diferenciado, y, en consecuencia, también el de conformidad a ella. Se distingue así entre legitimidad, legalidad y lealtad, las tres derivadas de la ley, pero de diferente tipo de ley. En efecto, la ley puede ser supraconvencional, convencional pública y convencional privada; a estos

tres tipos de ley se refieren, respectivamente, la legitimidad, la legalidad y la lealtad. Esta última significa, pues, la conformidad con lo privadamente convenido por las personas, por ejemplo, la lealtad en el cumplimiento de un contrato, y, en este sentido, presenta cierta afinidad con la fidelidad, puesto que *fides* es el vínculo convencionalmente contraído, por el que tiene confianza —*fiducia*— en la parte correlativa del convenio. La legalidad se remite a la ley pública de un grupo social determinado, la ley *positiva* o, en todo caso, vigente convenida por aquel grupo, aunque no presuponga necesariamente un convenio concreto, pero sí una aceptación general de una determinada forma de imponer leyes públicamente. Por último, la legitimidad implica el reconocimiento de una ley más permanente que la de la legalidad, que no depende de un convenio social, sino de una causa suprapersonal, como debe reconocerse que es la ley de Dios, completada de algún modo por la que impone la identidad histórico-moral de un grupo social. Entre estos tres tipos de ley y sus relativas conformidades puede haber contradicción. En efecto, puede apreciarse a veces una lealtad a un convenio que puede ser ilegal, e incluso ilegítimo, por ejemplo, el de una banda de delincuentes; tampoco son raros los casos de legalidad sin legitimidad, por ejemplo, la del matrimonio de personas divorciadas de un anterior matrimonio, el único legítimo, y, en consecuencia, puede haber exigencias de la ley supraconvencional contra la ley pública o privada» [1].

---

[1] Álvaro D'ORS, *La violencia y el orden*, Madrid, 1987, pp. 48-49.

Son varios los aspectos del texto anterior dignos de comentario, por breve que fuera. En primer lugar, toda su construcción se funda sobre el entendimiento de que la ley es exclusivamente un fenómeno ligado a la potestad y no a la autoridad, esto es al poder y no al saber, a la voluntad y no a la razón. Y tal aproximación, en virtud de la correlación que traza, debe alcanzar, pues, lo mismo a la lealtad, que a la legalidad e incluso la legitimidad. En segundo término, la referencia en sede de legalidad a la convención pública, aun precisando que no ha de tratarse de una convención concreta, conduce —al menos en apariencia— a los predios del contractualismo. Finalmente, la mención de la ley divina como criterio de la legitimidad, levanta la cuestión de la teología política. Como puede verse, dificultades variadas y de no escaso calado. Que traspasan además el corazón del sistema orsiano. A lo largo de las páginas siguientes habremos de volver sobre ellas.

2. UNA OJEADA HISTÓRICA

También podemos acudir al maestro D'ORS para descubrir en la historia la huella de la contraposición entre legalidad y legitimidad. Señala, en primer término, que en el lenguaje de la Iglesia no existe el término *legalis*, de manera que se mantiene la identificación del antiguo latín entre *legitimus* y *lex* y la indistinción entre legalidad y legitimidad. Lo que se explica por el hecho de que en la Iglesia las leyes no pueden dejar de ser conformes al derecho divino y esencial de la comunidad eclesial,

excluyéndose, en consecuencia, la diferencia entre la ley pública positiva y la ley supraconvencional. Esta particularidad del lenguaje de la Iglesia o, lo que es lo mismo, del antiguo latín, no pudo menos de influir —añade— en aquellos teólogos que, al tratar de la ley en general, declaran que la ley injusta no es ley, es decir, que no hay legalidad sin legitimidad; aunque, por necesidad de admitir la realidad de las leyes injustas en la sociedad secular, concedan que tales no-leyes guardan, al menos, cierta semejanza con la ley, lo que avala la presunción de obligatoriedad de la ley [2]. Otro gran asunto, conectado con los que antes destacábamos, y característico también del personal modo de abordar la realidad jurídica y política del profesor de Pamplona.

La conciencia de la posible contradicción entre legalidad y legitimidad «se avivó como con ocasión de las imposiciones revolucionarias en perjuicio de lo que se consideraba un derecho insoslayable de algunas dinastías». Pero tal contradicción «tiene un alcance muy superior, mucho más general y permanente» [3]. Abundemos un poco más todavía en el horizonte histórico antes de desbrozar sus raíces teoréticas.

En efecto, la contraposición surge tras la Revolución francesa, como reacción a la misma y para justificar la resistencia de la monarquía borbónica destronada a la nueva legalidad constitucional jacobina, imponiéndose luego —como criterio estabili-

[2] Íd., *ibid.*, p. 49.

[3] Íd., *ibid.*

zador— cuando las antiguas dinastías fueron restauradas tras la caída de Napoleón [4]: si la Revolución francesa había sustituido la legitimidad por la legalidad, la nueva legalidad que impuso el Congreso de Viena se fundaba precisamente en la antigua legitimidad. Sin embargo, traspasada la mitad del siglo XIX, con la nueva crisis del legitimismo monárquico y la consolidación del liberalismo, esta vez ligado a la democracia, se volverá a prescindir de la legitimidad, absorbida por la pura legalidad constitucional. Reducción que desde el punto de vista teorético culminaría con la obra de Hans KELSEN [5], si bien —en el mismo seno del pensamiento germano— obtendría aún correcciones de la mano de Max WEBER y Carl SCHMITT.

3. UN ENFOQUE TEORÉTICO

En efecto, si la "teoría pura del Derecho" sería un fabuloso alegato en favor de la legalidad sola, el sociólogo Max WEBER volvería a tomar en consideración la legitimidad a través de su celebrada distinción entre la carismática, la tradicional y la racional. Si la primera se funda en el poder personal de quien goza de un prestigio casi sagrado, la segunda depende del refrendo constante del tiempo y la última se asocia sin más —en el pensamiento de

[4] Cfr. Luis LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Barcelona, 1979, p. 601; Álvaro D'ORS, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979, p. 135.

[5] Cfr. Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, vers. castellana, México, 1949.

WEBER— a la legalidad democrática [6]. Así pues, suponiendo las tres el acatamiento voluntario y por lo mismo no tiránico del poder, las dos primeras —en cambio— habrían quedado relegadas a recuerdo de épocas pasadas, por lo que la única eficaz sería la última. Por aquí se aproximaría al kelsenianismo, pero —como observa D'ORS— con dos matices dignos de ser resaltados: de un lado, quedaba abierto el resquicio de distinguir entre legalidad y legitimidad en aquellos casos de un poder no aceptado, tiránico; mientras que, de otro lado, se apuntaba levemente la posibilidad de considerar una legitimidad no-legal por la vía de la admisión del derecho natural, residual, sí, pero aún mínimamente operante [7].

Carl SCHMITT, por su parte, impulsó un nuevo uso de la distinción, fundado en la distinción entre la legalidad positiva y la plebiscitaria, que permitiría impugnar aquélla por la falta de ésta [8]. Así, cuando entra en escena la legitimidad en una discusión política suele ser a cuenta del apoyo de una pretensión revolucionaria de cambiar la ley actual, censurada como ilegítima, por otra nueva. Claro que, planteada así la legitimidad como simple recurso dialéctico con el fin de cambiar las leyes, le parece al profesor D'ORS que aquélla deja de corresponderse entonces con una ley o norma objetiva, reduciéndose a pura voluntad ideológica de los que no aceptan la ley

[6] Cfr. Max WEBER, *Wirtschaft und Gesselschaft*, 1925, vers. castellana, México, 1944.

[7] Álvaro D'ORS, *op. ult. cit.*, p. 136.

[8] Cfr. Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1939, vers. castellana, Madrid, 1971.

actual, que —de ser mayoría— la abolirán y sustituirán por otra más aceptada: «El éxito fáctico de los impugnadores de la ley abolida viene a valer así como prueba de la legitimidad antilegal. En todo caso, debemos observar que, aunque consideremos que era ilegítima la ley abolida y que la nueva ley, por su mayor aceptación popular, es la legítima, no es menos verdad que esta nueva ley no era ley antes de abolirse la anterior, y que, por lo tanto, en el momento en que los impugnadores de la ley actual invocaban la legitimidad de sus pretensiones, no había todavía ley alguna a la que referir la pretendida legitimidad. Como legitimidad viene de ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad. En otras palabras, es contradictorio invocar como fundamento de legitimidad una ley que todavía no es ley, sino puro proyecto ideológico» [9].

Dos aspectos deben notarse de lo recién dicho. En primer término, no es sino consecuencia lógica de que, en un planteamiento democrático del poder, no hay más legitimidad que la legalidad. El segundo, que, no obstante lo anterior, los autores siguen esforzándose por procurar un sentido propio a la legitimidad como algo distinto de la legalidad y que precisamente se endereza a cambiarla. Permítasenos un desarrollo mayor de ambos.

Porque si bien es cierto que la indistinción entre legalidad y legitimidad propiciada por el pensamiento democrático, que se remonta a la historia que antes apretadamente resumíamos, comienza engullendo la segunda por la primera, a partir de

---

[9] Álvaro D'ORS, *op. ult. cit.*, p. 138.

cierto momento rebrota el uso diferenciado de la legitimidad, aunque no de una legitimidad nueva, que no se sitúa en línea de continuidad con la antigua y que, en algún modo, es producto de las transformaciones de la teoría política de la modernidad en lo que se ha llamado postmodernidad. Y es que la legalidad, que nace con una intención abierta de oposición a la legitimidad, no sólo se afirma como una legalidad constitucional, sino sobre todo como un principio que rechaza un derecho natural al que deban ajustarse las leyes humanas. De ahí que la nueva noción de legalidad concluya por intentar cubrir expresa o tácitamente la función antes reservada al principio de legitimidad, aunque sin lograrlo, pues antes no sólo se buscaba la "justificación" del poder —y menos una autojustificación ajena a criterios de justicia—, sino su limitación —de nuevo no una simple autolimitación— en virtud de un orden trascendente que el gobernante no podía ni modificar ni traspasar [10].

No disponemos de tiempo suficiente —ni de espacio en estas modestas notas— para pasar revista a los distintos intentos de rehabilitación de "una" legitimidad que no es "la" legitimidad. Pero, cuando menos, recordemos algunos de los más recientes.

En Italia, Norberto BOBBIO ha distinguido entre la legitimidad del título para realizar un acto —de la que dependería la justicia— y la legitimidad del procedimiento de realizarlo —de la que dependería la validez—: sin embargo, le ha objetado D'ORS,

[10] Cfr. Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid, 1991.

BOBBIO acaba por identificar la legitimidad del poder con su efectividad, así como la legalidad con la eficacia de la regla a la que se acomoda el acto [11]. A partir de la interdependencia entre poder y norma, y habida cuenta de que la norma suprema —que viene a legitimar el poder supremo— depende, a su vez, de ese poder, que es el que la ha constituido, la legitimidad no puede sino depender de la efectividad del poder, a la vez que la eficacia de las normas deviene la base de la legalidad a que debe ajustarse el ejercicio de aquél: «Esta concepción de un poder legislador que se autolegitima por el simple hecho de la eficacia no hace más que eludir el problema teórico de la legitimidad, identificando ésta con la vigencia de la legalidad» [12].

La dificultad que hemos visto surgir de la posición de BOBBIO, que no ofrece ley alguna a la que responda la legitimidad, ha llevado a otros autores a buscar precisamente en los subrogados de lo que constituyó la norma clásica de la legitimidad —a saber, el derecho natural—, y así han aparecido los "derechos humanos" como límite del poder, de manera que los que no los respeten serán ilegítimos y, en consecuencia, resultará legítima la resistencia contra los mismos. En realidad, lo que viene a afirmarse de nuevo por esta vía es que sólo los regímenes democráticos son legítimos. PASSERIN D'ENTRÈVES, por ejemplo, para quien la legitimidad se cifra en la garantía del libre desarrollo de la personalidad, viene a concluir que «de la misma mane-

---

[11] Cfr. Norberto BOBBIO, «Sur le principe de legitimité», en el volumen *L'idée de legitimité*, Paris, 1967, pp. 47 ss.

[12] Álvaro D'ORS, *op. ult. cit.*, pp. 139-140.

ra que el derecho positivo y el derecho natural son los dos polos de la vida del derecho, la legalidad y la legitimidad son los dos polos de la vida política» [13]. Con lo que, de momento, está excluyendo la juridicidad de los derechos humanos —y previamente del derecho natural—, así como afirmando su naturaleza política, con una separación tajante entre política y derecho bien discutible por cierto. Queda, en todo caso, la dificultad de determinación de cuáles sean esos "derechos humanos", cuáles su fundamento, contenido y límites.

El profesor D'ORS concluye su repaso tornando a la concepción clásica de la legitimidad, esto es, la fundada sobre la adecuación o el ajuste del poder sobre la ley natural, a la que añade un segundo ingrediente —secundario—, cual es el imperativo de la tradición constitucional de cada pueblo, en la medida en que no contradice el primer criterio. Tradición constitucional que no se confunde con la legalidad de la constitución escrita, sino la auténtica manera de ser de cada pueblo, esto es, la ley y costumbre de los antepasados conservadas por las sucesivas generaciones: «La ley de Dios adaptada por la tradición de los antepasados: éstas serían las leyes que no dependen de la voluntad actual del legislador, que se imponen a la legalidad y pueden eventualmente hallarse en contradicción con la ley positiva» [14].

---

[13] Cfr. Alexandre PASSERIN D'ENTRÈVES, «Legalité et legitimité», en el volumen *L'idée de legitimité*, cit., pp. 28 ss., 41.

[14] Álvaro D'ORS, *op. ult. cit.*, p. 148.

4. PLAN

Sobrevolada la distinción entre legalidad y legitimidad, hemos de proceder, a continuación, a examinar la realidad de la ley tal y como la encontramos en nuestros días. No se presenta la categoría de ley como un concepto unívoco, sino que, antes al contrario, es dado hallar en ella no sólo el rastro de la analogía, sino propiamente de la equivocidad. En efecto, en esta última arraiga la distinción entre una concepción clásica y otra moderna de la ley, que encierra una radical transformación en su sentido, y de la que no puede prescindirse en modo alguno al afrontar el tema cuyo desarrollo nos ha sido encomendado, más aún, que resulta nuclear a la hora de elucidarlo. En un segundo nivel, que se instala más bien en los dominios de la analogía, y que igualmente se alza inexcusablemente en este nuestro camino, se ha podido distinguir en el interior de la que hemos llamado concepción clásica entre leyes divinas, tanto reveladas como naturales, y humanas, comprensivas de las promulgadas, las costumbres e incluso la jurisprudencia y la doctrina. Comenzaremos por esta última cuestión, así como por ilustrar el tránsito hacia la concepción moderna y, una vez instalada ésta, en la siguiente, tratar de sus transformaciones, que nos han de conducir hacia una crisis de la ley que ha seguido a una anterior crisis del derecho. En las dos últimas lecciones volveremos sobre la conexión entre legalidad y legitimidad para, por medio del examen de un testimonio significativo de la experiencia española, tratar de extraer algunas conclusiones.

CAPÍTULO 2

LAS "DOS" LEYES: DE LA CLÁSICA A LA MODERNA

1. PÓRTICO

Una de las convenciones de los numerosos tratados *De legibus*, obra de teólogos y juristas, a veces teólogos-juristas, es abordar el concepto de la ley desde la etimología. Y en verdad que en el lenguaje hay que buscar el *etymos logos* para calar en la raíz y potencialidad de las palabras. De igual modo, en el ámbito de la reflexión política y jurídica se hace necesario rastrear el *etymos nomos*, esto es, la regla de la institución, que nos aclara la íntima necesidad que justifica su desarrollo histórico [1].

De ahí que, tras una breve referencia etimológica sobre la ley, prefiramos detenernos algo más en los arquetipos que de la misma aparecen, entrelazados por cierto con las palabras a las que se vincula su origen, y finalmente podamos intentar

---

[1] Cfr. Álvaro D'ORS, *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid-Roma, 1973, p. 123.

trazar un panorama de la rica realidad de la ley en su acepción clásica.

2. ETIMOLOGÍA Y ARQUETIPOS DE LA LEY

Francisco SUÁREZ, en el comienzo de su tratado de las leyes, introduce la discusión sobre el origen de la palabra ley, hallándolo en sendas voces latinas, bien en *legere*, bien en *ligare* [2]. Leer y ligar serían así, alternativamente, el objeto de la ley, y vienen a constituir dos polos semánticos alrededor de los que giran las principales concepciones de la ley: racionalismo y voluntarismo. Ambos, sin embargo, no aciertan a dar cuenta de la totalidad del fenómeno legislativo, por donde se abre la noción de prudencia legislativa, debida a ARISTÓTELES y a santo TOMÁS DE AQUINO.

Racionalismo y voluntarismo, por lo demás, como ha explicado el profesor Michel BASTIT, se enredan con facilidad [3]. Y es que la pretensión de un conocimiento puramente racional de la ley disimula mal un voluntarismo subyacente, ya que no tomar en cuenta los matices de la realidad, y sustituirlos por una plantilla racional, es quizá el mejor modo de asegurar el puro dominio. En el origen de los grandes racionalismos legislativos, por ejemplo, estoico o hegeliano, se encuentra, así, una conciencia individual que quiere extenderse progresi-

---

[2] Francisco SUÁREZ, *De legibus*, I, 1, 9.

[3] Cfr. Michel BASTIT, «La loi», *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, 1990, pp. 211 ss.

vamente a todo, de manera que la uniformidad de la ley se convierte en el efecto característico de la voluntad. Pero la perspectiva puede invertirse dejando ver cómo los autores calificados habitualmente como voluntaristas —ESCOTO, OCCAM, SUÁREZ o HOBBES— no son los últimos a la hora de elaborar un sistema con pretensiones racionales. En ambos casos es la realidad de las cosas humanas la que desaparece absorbida por la razón o la voluntad: las dos conducen a expulsar del mundo político toda indeterminación y a reunir el mundo en un código. Para eludir tales callejones sin salida se impone buscar el centro de la acción del legislador, y de este modo accedemos a la materia, pero no a una materia cerrada sobre sí misma y desnuda —que nos impediría romper el círculo—, sino abierta a llenar su forma, esto es, lo que llamamos "cosa", la *ipsa res iusta* tomista [4].

A partir de la analogía de los principios del ser y del bien, ARISTÓTELES abre un camino hacia la Diversidad ordenada de leyes, senda que prosigue santo TOMÁS para escapar del dilema racionalismo-voluntarismo. En la explicación precisa y luminosa del citado Michel BASTIT: «Ambos (ARISTÓTELES y santo TOMÁS) nos dan en primer lugar los fundamentos de un mundo regido por la finalidad, donde los niveles diferentes se ordenan —de la materia prima al acto puro— bajo diferentes aspectos. De suerte que una diversidad de leyes puede converger hacia un mismo fin y reunirse en la misma ciudad. Estos autores definen en efecto un ámbito propio

[4] Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, II-II, q. 57, 1.

de las cosas humanas (...), donde lo perfecto y lo imperfecto se entrecruzan. La ley, a su vez, que puede ser perfecta e imperfecta, y conjugar inteligencia y voluntad, tiene su lugar en este su terreno propio. La ciudad, igualmente, arraiga en un cosmos que tiende hacia un fin exterior. El genio de santo TOMÁS consistirá en mostrar que la voluntad divina, el Decálogo, puede integrarse en este esquema tanto como las leyes humanas, pues todas convergen en un punto real aunque desconocido. La cosa no es otra que la propia comunidad política, *res publica*, que puede relativizar la ley cuando su dinamismo propio le indique dónde está el *bonum* de la ciudad. Cuando hace esto, aun relativizándola, le da a la ley un fundamento y un alimento. La lectura, pues, no agota esta cosa, sino que le dice sólo una parte, restaurando en consecuencia simultáneamente la función de la voluntad, al autorizarla a determinar lo que la lectura deja indeterminado. Por aquí entra la flexibilidad en la ley. Que no vale, pues es imperfecta como la cosa que la funda, sino para la mayor parte de los casos, dejando lugar para la interpretación y la equidad. La indeterminación de la cosa permite, finalmente, tomar parte a muchos, así como al legislador —discerniendo lo justo— determinar qué parte corresponde a cada parte de la sociedad» [5].

3. LA METODOLOGÍA DE LA LEY CLÁSICA

Nuestro maestro el gran jurista español Juan VALLET DE GOYTISOLO, en el marco de la triple apro-

[5] Michel BASTIT, *loc. cit.*, p. 220.

ximación metodológica al derecho [6] —a saber, la metodología de la ley, de la determinación del derecho y de su ciencia explicativa—, comenzó precisamente por desarrollar el primero de los caminos, que es el que debemos seguir nosotros ahora.

Entre las diversas perspectivas desde las que puede abordarse la ley —óntica, fenoménica, epistemológica e incluso ideológica—, en su significado más general viene asociada a los términos de relación y ordenación. Así, santo TOMÁS DE AQUINO, emplea unitariamente la palabra ley, si bien con dos vertientes, como regla y medida *—ordinatio—* de los actos, y como inclinación dimanante de aquella ordenación [7]. Principio activo que regula y mide, principio pasivo que es regulado y medido, su unidad procede del carácter racional, ya dimane de la razón divina, o de la del legislador humano en conformidad con el orden divino. Todavía en el siglo XVIII, autor tan significado y tan malinterpretado por lo común como el barón de MONTESQUIEU, definía la ley como «las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas» [8], con palabras que se mueven en un universo tomista, por lo que fue objetado por HUME, pues un concepto de ley como relación era rechazado por el nominalismo y todos sus secuaces.

---

[6] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica*, Madrid, 1988; ÍD., *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991; ÍD., *Metodología de la determinación del derecho*, 2 vols., Madrid, 1994 y 1996; ÍD., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. I, Madrid, 2000.

[7] Cfr. Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, I-II, q. 90, 1.

[8] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, I, 1.

En ese significado general avistado incluye cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina positiva y humana. No es el caso de desarrollar cuestión por lo general bien conocida, pero sí cuando menos de apuntar los conceptos.

La ley eterna, de naturaleza óntica, es la razón divina en cuanto aplicada por Dios al gobierno de aquellas cosas que él conoce con anterioridad [9]. La ley natural, de naturaleza moral, es la participación en la ley eterna de la criatura racional, que está sometida a la Providencia divina de una manera especial, al hacerse partícipe de la misma siendo providente sobre sí y sobre los demás: participa, pues, de la razón divina, que le inclina naturalmente a la acción divina y al fin; y participa también intelectual y racionalmente de ella [10].

La ley divina positiva viene como suplemento de la natural, necesario porque por ésta participamos de la eterna, que también es divina, sólo en la medida en que lo permite la capacidad de la persona humana [11]. Al igual que la eterna no es jurídica sino en cuanto participada por la razón humana, tampoco lo es la divina positiva en lo que se refiere a los actos internos, de perfección espiritual, consejos sobreañadidos a los preceptos de la ley natural.

Finalmente, la ley humana, dictamen de la razón práctica que llega a soluciones concretas a partir de un proceso que se inicia en los preceptos de la ley natural como principios generales e indemos-

---

[9] Íd., *ibid.*, I-II, q. 91, 1.
[10] Íd., *ibid.*, I-II, q. 91, 2.
[11] Íd., *ibid.*, I-II, q. 91, 4.

trables [12], es definida como ordenación de la razón al bien común promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad [13]. Para el primero de los desarrollos basta con la noción de norma racional, mientras que —para el último— a la racionalidad se añade la prescriptividad.

Por eso, entre ese significado lato de ley, que incluye normas que no son de derecho, y un significado estricto, que no abarcaría a todas las normas de derecho, opta VALLET por otro que las incluye a todas, ya estén dotadas sólo de *auctoritas* o bien se impongan por la *potestas* de quienes las promulguen, y además las dimanantes de las que, sin ser leyes humanas —esto es, la eterna, la natural y la divina positiva—, tienen, y en cuanto tengan, trascendencia jurídica. Y en un plan más adecuado para su exposición y examen particularizado desde una perspectiva metódica, distingue entre leyes divinas positivas, principios generales —ya captados por intuición, sean ético-jurídicos o jurídico-formales; ya por inducción de la naturaleza de las cosas, tanto en su significado de *natura rerum* como en el más concreto de naturaleza de la cosa o de la institución de que se trate—, normas seguidas por razón de la *auctoritas* de que vienen revestidas, aunque carezcan de *potestas*, normas consuetudinarias —vividas como derecho— y leyes humanas, en el sentido más estricto, dotadas de *potestas* por quien, según el orden político, se halle facultado para promulgarlas [14].

---

[12] ÍD., *ibid.*, I-II, q. 91, 3.

[13] ÍD., *ibid.*, I-II, q. 90, 4.

[14] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, cit., p. 327.

4. DE LA LEY CLÁSICA A LA MODERNA

Se debe al profesor Michel BASTIT, antes citado, un importante estudio sobre «el nacimiento de la ley moderna» [15], en el que recorre pacientemente el camino que de santo TOMÁS lleva a SUÁREZ. Aunque, en puridad, haya que esperar a HOBBES, al movimiento ilustrado y, sobre todo, a la Revolución francesa, para poder extender la partida de nacimiento de la nueva concepción de la ley.

Legislar, concluye el distinguido profesor francés, es una acción que debe ser analizada como el ejercicio de las facultades del legislador en una decisión. En primer lugar, se trata de un acto humano, y como tal requiere un estudio de psicología filosófica. El fruto de esta acción, en segundo lugar, está vocado a regir un conjunto político y a dictar su conducta a aquellos que están sometidos a la legislación de ese conjunto: el estudio de la ley, pues, se efectúa también en el cuadro de una reflexión ético-política. Finalmente, esta actuación tanto del príncipe como de los sujetos se inscribe en un mundo mucho más vasto, pues en último término, en relación a todo lo que es, se presentan como realidades muy limitadas, tanto que su comprensión última debe ser esclarecida por la metafísica en su doble dimensión ontológico-teológica.

Aplicando este triple nivel de conocimiento a la realidad de la ley, traza a continuación la historia

---

[15] Cfr. Michel BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, 1990.

de su radical mutación, que no es sólo —permítaseme recordar lo ya dicho— la que de un palenque racional conduce a otro voluntarista y finalmente poiético, sino incluso, aún más, la de la disolución de la doctrina de la prudencia legislativa, primero por un racionalismo que termina hermanado con el voluntarismo, abriéndose juntos a la mera imposición transformadora y, en su descomposición, al puro arbitrio [16].

En efecto, como ha escrito VALLET DE GOYTISOLO, «a falta de un orden dinámico, que no puede violarse sin riesgo, el hombre sin pauta superior se erige en creador de un mundo nuevo que trata de elaborar conforme sus "ideas" (no la realidad profunda de las cosas), negando la verdad objetiva, que sustituye por las opiniones subjetivas, que, a falta de criterio realista superior, entran todas en la palestra de lo opinable, con lo cual (...) no se trata sino de conocer opiniones y gozar con la que más guste, arbitrando algún medio (como es la democracia) para que esta diversidad (...) se decida por la opinión pública, movida por la opinión pública y, al final, por los votos» [17].

El liberalismo, profundizando en la senda abierta por el absolutismo, ligados ambos por una continuidad perfecta desde el punto de vista de la filosofía social, contendría así toda la entraña ideológica destructora del orden social característica de

---

[16] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Del legislar como *legere* al legislar como *facere*», en el volumen *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, pp. 939 ss.

[17] Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Más sobre temas de hoy*, Madrid, 1979, pp. 136-137.

la política moderna, puesto que supone la concepción agnóstica, inmanentista y en la práctica atea —*tanquam Deus non esset*— de los fundamentos del ordenamiento estatal. La concepción moderna de la ley deriva de ahí derechamente y un abismo la separa de la inteligencia clásica: «La razón era antes el instrumento indispensable que utilizaba el legislador para descubrir lo que debía disponer la ley. A partir de 1789, el contenido de ésta no se descubre, ni se estudia, sino que es creado por la simple voluntad humana» [18].

Como la pauta de la justicia particular, que debe presidir la determinación del derecho, es la igualdad o la proporción —en sus modalidades conmutativa y distributiva—, la de la justicia general, que es precisamente la que debe regir la elaboración de las leyes, es el bien común. Razón por la que, cuando el horizonte de éste se pierde en la tarea de legislar, se cae en la desnaturalización de la ley [19]. Esto ocurre en cierta medida en la moderna teoría de las fuentes, concebida en función del "principio democrático" [20] y que echa al olvido caracteres tan contrastados a lo largo de los siglos y de la espe-

[18] Eugenio VEGAS LATAPIE, *Consideraciones sobre la democracia*, Madrid, 1965, pp. 153-154; Miguel AYUSO, «Ley y democracia», *Verbo*, Madrid, núm. 337-338, 1995, pp. 755 ss.

[19] Cfr. Estanislao CANTERO, «La quiebra de la tradición jurídica española», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996, pp. 418 ss.; Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA, «La conculcación del Estado de derecho: legalidad *versus* legitimidad», en el volumen recién citado, pp. 237 ss.

[20] Cfr. Miguel AYUSO, «Principios generales del derecho, derecho natural y Constitución», en el volumen *Los principios generales del derecho*, Madrid, 1993, pp. 109-124.

culación filosófico-jurídica como la "racionalidad" de la ley o su "generalidad" [21], concluyendo en una identificación entre "ley" y "ordenanza" [22]. Es cierto, en todo caso, que mientras nos hallamos en plena apoteosis del legismo, comienza en cambio a problematizarse en el nivel teórico la moderna concepción de la ley.

---

[21] Cfr. José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «Consideraciones sobre la ley y el Estado de derecho: la manipulación de la ley», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, cit., pp. 295 ss.

[22] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Ley y ordenanza», en su volumen *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, cit., pp. 185 ss.

CAPÍTULO 3

DE LA CRISIS DEL DERECHO A LA CRISIS DE LA LEY (MODERNA)

1. PÓRTICO

A una época sellada por el imperio majestuoso de la ley parece haber sucedido desde hace tiempo otra que se interroga y duda sobre la centralidad de esta categoría. Así, no sería difícil referir antecedentes que se remontan a los años treinta, y no sólo por autores "sospechosos" como nuestro siempre recordado Eugenio VEGAS LATAPIE [1], sino también por otros en absoluto enfrentados con la corriente central de los acontecimientos, como Georges BURDEAU, que habló de *le dépérissement de la loi*, esto es, del "debilitamiento de la ley" [2].

En puridad, a la "crisis del derecho", que inauguró el predominio de la impostación jurídica moderna, agnóstica y consecuentemente voluntaris-

---

[1] Cfr. Eugenio VEGAS LATAPIE, *Romanticismo y democracia*, Santander, 1938.

[2] Cfr. Georges BURDEAU, «Essai sur l'evolution de la notion de loi en droit français», *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1939, pp. 7 ss.

ta, ha terminado por suceder la "crisis de la ley" [3], tanto más significativa en cuanto que ésta había quedado como el último residuo —es cierto que desnaturalizado y degradado, pero aún operante— de aquél.

La presente crisis de la ley surge precisamente de haberse apurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nuestros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión "fuerte" y a su sustitución por sus derivados "débiles" [4]. Desde un ángulo teórico-conceptual, la ley parlamentaria se halla, por mor de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del gobierno, en una defensiva permanente. Sin olvidar el vacío jurídico creado por la reciente ola de des-reglamentación de los años ochenta. Pero también, desde el ángulo práctico, han de tenerse presentes los que el administrativista Sebastián MARTÍN RETORTILLO ha calificado de «mal decir» y «mal hacer» de las leyes [5]. Esto es, la incorrección en la expresión y en la técnica a que responden y que redunda, a no dudarlo, no sólo en su correcto conocimiento, sino también en su adecuado cumplimiento.

---

[3] Cfr. Álvaro D'ORS, «Los romanistas ante la crisis de la ley», en su volumen *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 1 ss.

[4] Cfr. Miguel AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996.

[5] Cfr. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, «El buen hacer de las leyes», *ABC*, Madrid, de 16 de noviembre de 1995.

2. LAS TRANSFORMACIONES DE LA LEY PARLAMENTARIA

Puede resultar útil comenzar por examinar el nivel teórico, recién apuntado, de la crisis de la ley parlamentaria. Primeramente, no pueden en absoluto obviarse las hondas transformaciones que supuso la adopción por los sistemas continentales legalistas del control de la constitucionalidad de las leyes, característicos, si bien con rasgos bien diferenciados, de los sistemas anglosajones, y en particular del constitucionalismo estadounidense. Pues la concepción kelseniana, si bien partió de presupuestos típicamente continentales como el positivismo y el legalismo (esto es, lo que podríamos llamar negativamente "no judicialismo"), vino finalmente a alterar la fisonomía de las constituciones europeas, aproximándolas por una suerte de paradoja, en absoluto inexplicable, al modelo norteamericano [6].

En efecto, el positivismo jurídico se abrirá en ellas al Derecho internacional, diluyendo la clausura paradigmática de aquél y trazando un puente entre el sistema normativo internacional y el interno, al tiempo que tenderán a configurarse como normas de aplicabilidad inmediata, determinando una constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, transido a partir de ahora de constitucionalidad, y que borra las fronteras, antes infranqueables entre la norma suprema y el resto del sistema. Aunque

[6] Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, [illegible]

la transformación decisiva brotará de la existencia misma de un órgano a quien se confía la operación de contrastar los productos legislativos con la piedra de toque de la Constitución, que, por más que sin naturaleza judicial ni estar siquiera incluidos en la organización judicial, emplean en cambio formas y procedimientos judiciales y conducen inexorablemente a la judicialización de la vida política. (Con todo, entre esta judicialización de la vida política y la politización de la justicia que hoy es dado hallar, y no sólo en España, por mor de perversas fórmulas de gobierno del poder judicial y de una depauperación al tiempo que un ensoberbecimiento de la judicatura, hay un salto cualitativo que necesariamente no habría de seguirse [7].)

A continuación, no debe ponerse entre paréntesis la transformación del parlamentarismo, en su versión denominada "racionalizada", con la asunción del protagonismo político por parte del gobierno, paralelo al retraimiento del parlamento. Las hondas transformaciones políticas, sociales, económicas, culturales y aun tecnológicas militaron de forma convergente en una alteración de los supuestos constitucionales sobre los que se asentaba el parlamentarismo originario. Así, el panorama actual aparece presidido por la preponderancia del gobierno —y no sólo contemplada cuantitativamente, sino también cualitativamente— en la iniciativa legistativa, las excepciones de creciente importancia al

[7] Cfr. Miguel AYUSO, «La quiebra de la función judicial y del control legislativo como órdenes de justicia», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, cit., pp. 263 ss.; ÍD., *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000.

monopolio del parlamento en la producción de normas con rango de ley mediante la generalización de los Decretos-leyes y los Decretos Legislativos, y aun más profundamente la propia alteración del juego de los poderes producto de factores tales como la industrialización, la sociedad de masas o los partidos políticos [8].

3. LA "MOTORIZACIÓN" LEGISLATIVA Y SUS EFECTOS

Pero también merece la pena internarse en el terreno práctico. En primer lugar, ha de destacarse la proliferación legislativa, de la que ha manado de modo necesario su inestabilidad. Georges DÉHERME, en los años treinta, señalaba que en Francia se habían promulgado desde la Revolución más de doscientas cincuenta mil leyes [9]. Y el profesor Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE precisaba: «En dos años, la Constituyente había confeccionado dos mil quinientas setenta y siete leyes. En un año, la Legislativa aprobó mil setecientas doce. El primer Imperio acusó un ligero retroceso, pues sólo llegó a diez mil textos. Pero la Restauración promulgó treinta y cinco mil; Luis Felipe, treinta y siete mil; la efímera segunda República, doce mil cuatrocientos; el segundo Imperio, cuarenta y cinco mil. Desde 1870 a 1914, la tercera República elaboró cien mil. Y la cuarta marcha por el mismo camino que su prede-

[8] Cfr., como síntesis, Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, 1987, pp. 113 ss.

[9] Cfr. Georges DÉHERME, *Démocratie et sociocratie*, París, 1936, p. 224.

cesora, con una media anual de dos mil quinientos» [10]. Proceso, podemos añadir, en absoluto detenido, antes bien, exasperado en los años más próximos a nosotros. Piénsese no sólo en la legislación estatal, sino también en la autonómica y hasta en la comunitaria, como a efectos simplemente formales muestra el crecimiento elefantiásico del "Aranzadi", esto es, del repertorio de legislación más conocido en España.

Pero el alto grado de "movilización" o "motorización" a que con carácter permanente están sometidas nuestras leyes determina igualmente la improvisación y el apresuramiento en su elaboración. ¿Se ha pensado seriamente —por limitarnos a algunos ejemplos referidos a España y de gran relevancia por su incidencia destacadísima en la justicia penal y la actuación administrativa— en cuáles iban a ser las consecuencias del llamado "procedimiento abreviado" de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de la *soi-disant* Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común? Y eso que se trata de leyes de naturaleza procedimental y, por tanto, organizatoria. ¿Qué no ocurrirá con las que inciden sobre derechos materiales? Juan VALLET ha escrito que las normas producen siempre efectos reflejos y reacciones sociales que deben preverse antes de su promulgación. Más que su contenido interesa la reacción que pueden provocar en el cuerpo social. Así, las protecciones excesivas, fruto muchas veces de aplicar principios de justicia distributiva a situa-

---

[10] Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, Paris, 1954, p. 319.

ciones de justicia conmutativa o general, se suelen volver en perjuicios para los futuros componentes del sector protegido: la protección de los inquilinos de ayer, ejemplificaba VALLET en los sesenta, hace desaparecer el inquilinato hoy, y requiere que se promuevan grandes beneficios inmediatos para que se construya, aunque sea para vender por pisos. La presión fiscal y laboral, por otro lado, pasada cierta medida, hace huir el ahorro de las inversiones socialmente beneficiosas (industria, agricultura, construcción, etc.) y lo empuja hacia la especulación, más difícil de controlar, lo que a la larga ocasiona malos resultados económicos y, desde luego, produce efectos desmoralizadores; o bien, paso a paso, esa presión y el esfuerzo por mantenerla deslizará hacia el totalitarismo, la irresponsabilidad tecnocrática y la pérdida de todo estímulo personal [11].

4. ALGUNOS EJEMPLOS

La improvisación y el apresuramiento, en ocasiones, no se contraen sólo a los efectos, sino a la propia técnica legislativa. Por eso, transcurrido muy poco tiempo desde su publicación, a veces sólo unos meses, han de ser modificadas. Algún caso paradigmático hay, aunque parezca increíble, de proceder a su modificación incluso antes de comenzar su vigencia. El caso más reciente es el de la famosa "Ley del Jurado", Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que prevenía en su disposición final una *vaca-*

---

[11] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Madrid, 1973, p. 166.

tio legis de seis meses, a salvo ciertas excepciones, y que antes de transcurrir dicho plazo ha conocido ya la modificación de importantes aspectos en ella contenidos por medio de la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre. Al señalar esta reforma que entraría en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, sin haber comenzado su vigencia la reformada, podría pensarse en que al producirse esto último se derogaría precisamente la reforma.

La causa, tanto en el caso utilizado como en otros que podrían colacionarse, radica en que escapan de estas leyes supuestos omitidos y que deberían comprender, en definitiva, por mala factura. En este sentido, y en otra muestra de grave inadvertencia, la exposición de motivos del famoso Código Penal de 1995, aprobado por puro voluntarismo político sin un suficiente debate técnico que lo precediera, es la del proyecto de ley, sin adaptación alguna, de manera que en la misma se leen cosas como que «el gobierno no tiene aquí la última palabra, sino simplemente la primera», y que «se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento».

Repárese también, por poner un segundo ejemplo llamativo, en la regulación de la prisión preventiva. Esta medida cautelar personal que procura el aseguramiento de la persona a quien se imputa un delito, ha conocido varios cambios en los últimos quince años, todos ellos fruto, al menos en parte, de esa improvisación o apresuramiento de que acabamos de hablar, cuando no de puro oportunismo político. En efecto, el año 1983 la Ley Orgáni-

ca 7/1983, de 23 de abril, supuso el abandono de la anterior regulación, que se remontaba tan sólo a 1980, de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que llevaba consigo una cierta aplicación automática de la medida cautelar que el Tribunal Constitucional había rechazado. Sin embargo, la conjunción de tal reforma con la penal sustantiva de la Ley Orgánica 5/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que entre otras cosas redujo las penas de los delitos contra la propiedad, produjo la excarcelación de numerosos presos preventivos, dando lugar a un alarmante crecimiento de la seguridad ciudadana. Y a pesar de que la exposición de motivos de la nueva ley encubría la verdadera realidad de la reforma como de verdadera "contrarreforma", so pretexto de que respondía a la misma finalidad que la redacción anterior y de que se trataba de un simple ajuste técnico. Ilustración de lo que ha escrito el profesor GARCÍA CANTERO respecto de lo significativo que resultaría el estudio de las "reformas de las reformas" [12]. Recientemente, para cerrar este capítulo de ejemplos, en una disposición final de la Ley del Jurado, se ha ajustado la regulación de la prisión preventiva, exigiendo que sea solicitada por alguna de las partes acusadoras, cubriendo pudorosamente con el velo de una mayor adecuación a los principios constitucionales de *favor libertatis* y "presunción de inocencia" la verdadera intención de impedir la reiteración de situaciones como las vividas en los últimos tiempos, en las que algunos jueces *outsiders*,

[12] Cfr. Gabriel GARCÍA CANTERO, «Aproximación a una sociología de la familia», *Verbo*, Madrid, núm. 339-340, 1995, p. 1018.

por medio de una por lo demás discutible aplicación de la prisión preventiva, han puesto contra las cuerdas oscuras tramas delictivas instaladas en el corazón del sedicente Estado de derecho socialista [13].

Las últimas observaciones nos introducen en otro factor del mal hacer de las leyes, a saber, el interés en que los cambios pasen inadvertidos, como de tapadillo, obstaculizando que lleguen a ser conocidos de sus destinatarios. Encontramos de esta manera modificaciones de la regulación de materias en leyes que nada tienen que ver directamente con ellas (se reforma, por ejemplo, el Código Penal en la Ley del Servicio Militar) o normaciones de apariencia coyuntural que concluyen por contener reformas sustantivas (Decretos-leyes epigrafiados en el *Boletín Oficial del Estado* como de "adopción de medidas urgentes" para una cuenca determinada por razones de sequía terminan modificando la Ley de Aguas).

Si asociamos esta inestabilidad encubierta con la complejidad y amplitud de que viene dotado en nuestros días el sistema normativo, el panorama alcanza dimensiones pavorosas. La muestra más notable la hallamos en la transformación de la Ley de Presupuestos. De su artículo único inicial —que ya es prehistoria— y la docena y media de artículos que tuvo hasta 1978, en los últimos años se ha pasado al centenar de preceptos, que vienen a modificar aspectos de la totalidad del ordenamiento jurídico en una especie de "ley escoba" —la expresión es

[13] Cfr. Miguel AYUSO, «La corrupción de la ley», *Razón Española*, Madrid, núm. 78, 1996, pp. 74 ss.

de MARTÍN RETORTILLO— que, sin criterio alguno y al margen del procedimiento parlamentario establecido, han introducido año tras año una importante dosis de inseguridad en nuestro ordenamiento. La crítica unánime de la doctrina científica y el tardío varapalo del Tribunal Constitucional parecieron restaurar la claridad del ordenamiento jurídico, adecuando el contenido de las leyes de presupuestos exclusivamente al ámbito constitucionalmente fijado. Sin embargo, las esperanzas pronto resultaron ser vanas, y por entre los intersticios de la doctrina del Tribunal Constitucional brotó una llamada "ley de acompañamiento", pues acompaña a la de presupuestos. El remedio —y es de nuevo el profesor MARTÍN RETORTILLO quien habla— ha sido, pues, peor que la enfermedad: «Nada se ha solventado. Leyes de presupuestos, intituladas siempre genéricamente "medidas de política económica", "medidas fiscales, administrativas y de orden social", que son un auténtico centón en el que todo cabe. Aparte, y esto debe quedar muy claro, que no respetan las exigencias requeridas por el Tribunal Constitucional. Expresión, además, de una auténtica "perversión jurídica", que es como el constitucionalismo clásico calificó a las leyes secretas» [14].

En la del año 1996, independientemente de que cabría preguntar a quién o a qué se acompaña —ante la devolución de los presupuestos al gobierno, con prórroga de los del ejercicio anterior—, producía auténtico escalofrío repasar los temas que se incluían modificando la regulación existente: medi-

---

[14] Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *loc. cit.*

das fiscales, estatales y locales; regulación de precios públicos; del catastro; del sistema de Seguridad Social; del régimen de funcionarios; de la ley de nombre interminable de procedimiento administrativo; de la Ley de Patrimonio Nacional; del régimen de los transportes; de las aguas; en materia de defensa nacional; del suelo; de educación; de telecomunicación; de los colegios profesionales, etc. Y no ha variado en los ejercicios siguientes.

5. CONCLUSIÓN: LA TODOPODEROSA LEY IMPOTENTE

Ahora bien, una inestabilidad como la recién contemplada en nuestra práctica reciente no es sino el síntoma de la inmoralidad de la ley. En efecto, si la ley se reduce a no ser más que una regla técnica, si abandona la búsqueda de lo que constituye el bien de la comunidad política, se convierte en inmoral. Inmoralidad que no radica tanto, según la observación de BASTIT, en la falta de respeto a una ley natural de la que debería deducirse, como en perder la mira de lo que constituye el bien común de la comunidad a la que pretende imponerse. Pues entonces impera solamente en virtud de la voluntad de legislador, detrás de la que no es difícil percibir los intereses particulares, convirtiéndose el poder en algo más y más pesado, que justifica la revuelta. Se llega así, concluye, y es buena conclusión también para el objetivo que buscamos en este epígrafe, al cuadro paradojal de una ley progresivamente invasora e impotente al tiempo. Parece albergar la pretensión de cubrir la totalidad de las relaciones entre

los ciudadanos, sustituyendo las regulaciones de los particulares e imponiendo a los jueces sus soluciones. Al tiempo, sin embargo, es cada vez menos obedecida y su prestigio se disuelve en la inestabilidad, la injusticia y, en fin, la revuelta [15].

---

[15] Cfr. Michel BASTIT, *op. cit.*, pp. 12 ss.

CAPÍTULO 4

ESTADO DE DERECHO, LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD
(Un ejemplo de la reciente experiencia española)

1. PÓRTICO: UN TEXTO EXPRESIVO

Miguel HERRERO DE MIÑÓN ha dado a la estampa unas *Memorias de estío* inteligentes y pérfidas, quizá también algo decepcionantes, que han sido objeto de comentarios abundantes. Posiblemente por la deformación profesional del profesor y estudioso del Derecho constitucional, los aspectos que más han atraído mi atención han sido los frecuentes escolios iuspolíticos de que están transidas. Entre éstos, he escogido para esta nota un breve texto que figura al comienzo del capítulo dos, todavía en "tiempo de Adviento", que dice así:

«El Consejo de Estado se definía entonces como "supremo órgano consultivo en materias de Gobierno y Administración"; pero la propia interpretación de esta función era objeto de largas y doctas polémicas en el inolvidable Salón de Letrados, un verdadero seminario de muy alto nivel.

»Todos partíamos de la definición clásica del Consejo como "ojos y oídos del Príncipe" [1]. Unos, los más, creían que la primera tarea de tal ojo era vigilar la legalidad de la Administración y, en consecuencia, constituirse en control interno de la misma. Otros considerábamos que la función del Consejo era instrumentar legalmente la voluntad política del Estado que la Administración debía servir, con el rigor propio de sus técnicas, de su objetividad y de la lógica del derecho que los legistas debían saber utilizar.

»Aún recuerdo un día en que discutimos de ello, tomando como ejemplo la destrucción de la orden de los Templarios por FELIPE de Francia. Defendíamos algunos que la función de los letrados había sido entonces y debiera haber sido ahora proporcionar al soberano argumentos legales para la acusación y condena, señalando también al rey dónde estaban los condicionamientos jurídicos de su potestad. Mientras otros de mis compañeros consideraban que la función del Consejo debería consistir en ilustrar al rey sobre los criterios éticos de su acción e incluso reforzar sus limitaciones legales.

»Traigo este recuerdo a colación no sólo porque muestra un clima intelectual probablemente irrepetible y que dudo se dé en muchos centros administrativos, sino porque revela la gran paradoja del Estado franquista. Quienes menos cuestionaban la legitimidad de aquel sistema político se inclinaban a fortalecer más el control interno de su legalidad

---

[1] ARISTÓTELES, *Política*, 1287b, de donde lo toman *Partidas*, II, IX, 5.ª (nota de Herrero de Miñón).

administrativa, y a la inversa. Y no es de extrañar, porque el Estado franquista, al menos el que yo conocí en la década de los sesenta, era un verdadero Estado de derecho. Es decir, un Estado en el cual, pese a su precaria legitimidad, los poderes públicos actuaban según normas preestablecidas y donde jueces y funcionarios nos tomábamos muy en serio ese genio expansivo del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres» [2].

2. UN DESENFOQUE RADICAL

A mi entender, el texto anterior reúne paradójicamente en sí la lucidez y la finura de la descripción con el yerro profundo de la valoración. Es como si el autor, desde un promontorio, hubiese ido recorriendo visualmente ante nosotros dos caminos divergentes que colegimos de dónde vienen, contemplamos por dónde discurren y divisamos a dónde van. El autor describe morosa y polícromamente —en un modo que no hace desmerecer la realidad que tenemos presente— el trayecto de ambas sendas, nos advierte de los obstáculos que se cruzan y de los gozos que aguardan... Sin embargo, ante nuestro asombro, y cuando creemos que vamos a emprender la marcha por uno, se encamina decididamente hacia el otro. Ésa es la sensación que me dejan los párrafos transcritos y que se repite en otros momentos de la lectura de su obra: HERRERO DE MIÑÓN nos sitúa magistralmente ante una encru-

[2] Miguel HERRERO DE MIÑÓN, *Memorias de estío*, Madrid, 1993, pp. 21-22.

cijada, para tomar después el peor camino. Lo que llama "la gran paradoja del Estado franquista" me parece simplemente "la gran paradoja de Herrero de Miñón". Que, por lo demás, no es de su exclusiva. Permítanme acompañarles por la buena senda.

En primer término, el memorialista describe dos actitudes diferentes en el seno de los letrados del más alto cuerpo consultivo de la Administración. Una entiende que "dar consejos" es hacerlo en derecho y que para tal es preciso constituirse en control interno del poder "aconsejado". La otra considera procedente limitarse a instrumentar legalmente la voluntad del Estado. En efecto, esta doble comprensión de la actividad asesora debe percibirse con especial intensidad en el Consejo de Estado, por la trascendencia de sus competencias, pero de suyo no habría dificultad en extenderla a otros niveles.

Ciertamente, en la primera de las posiciones, destaca el respeto a la ley, e incluso, más allá de la ley, al derecho, de acuerdo con una percepción bien nítida en la concepción clásica del derecho como *ars iuris —lex non est ius proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris* [3]— y que sólo con buena voluntad podríamos entender acogida en cierta manera en la Constitución española de 1978 en la mención de su art. 103.1 al «sometimiento pleno (de la Administración pública) a la ley y al derecho». De aquí que el ejercicio de su actividad consultiva no pueda ser otro que el de controlar la actividad de la Administración y relativamente del Gobierno, control

[3] Santo Tomás de Aquino, *S. th.*, II-IIæ, q. 57.

interno sin duda —a diferencia del externo y más importante de los Tribunales de Justicia—, pero en absoluto despreciable en virtud de una *auctoritas* justamente ganada por el Consejo de Estado a lo largo de los años. Respeto a la ley, amor al derecho y dignificación de la actividad asesora son los rasgos que tipifican la primera de las actitudes.

La segunda disuelve la esencia del derecho en una pura técnica instrumental al servicio del poder. Ya no se trata de que la Administración pública goce en el sistema del *régime administratif* de un conjunto de privilegios exorbitantes del derecho común, que la convierten en una *potentior persona*, por más que un conjunto de garantías se esfuercen en equilibrar esa relación en la construcción del Derecho administrativo. Antes bien, lo que se pretende es apurar el conjunto de privilegios, pues sobre la existencia indubitada de los mismos la función consultiva —y tanto más cuanto más alta— opera multiplicando sus efectos y debilitando sus resistencias. Utilización interesada de la ley, corrupción del derecho y degradación de la actividad asesora son, por contra, los caracteres del segundo posicionamiento.

Ante una disyunción así planteada, no sólo el jurista, sino más generalmente el lector razonable, reaccionan al unísono acogiéndose a la primera de las caracterizaciones. Personas que han acreditado bien trabados conocimientos jurídicos sobre la base de disciplinas humanísticas, ¿qué debieran hacer? ¿Exponer su leal saber y entender para alcanzar la solución mejor fundada en derecho, incluso a costa del interés a cuyo servicio están? ¿O aprovecharse de su pericia para decir al Estado lo que éste quiere

oír, facilitándole incluso los medios para mejor conseguir lo que se propone? Pues nuestro autor, en cambio, se ubica sin el menor género de dudas en el segundo grupo, generando en quienes le leen un cierto desconcierto. Más aún en cuanto que el ejemplo que aporta sobre la destrucción de los templarios no deja resquicio a la duda de que hayamos sufrido un error en la comprensión producto de una deficiente lectura.

Desconcierto que, en una aproximación superficial, se ve acrecido con el comentario final, en el que alude a la "gran paradoja del Estado franquista". Porque, puestos a realizar una distribución entre los dos tipos reiteradamente aludidos, ¿dónde situaríamos a los "franquistas"? ¿Y a los "demócratas"? Según el discurso hoy dominante, habría que situar a los primeros entre quienes, aun capaces, se plegarían a los dictados del mando, en absoluto proclives a limitar ninguna de sus prerrogativas. Mientras que los segundos, formados en el cultivo delicado de los valores ciudadanos y en el respeto de las libertades que florecen en un Estado de derecho, debieran militar fervorosamente entre los partidarios de aconsejar en derecho y controlar internamente al poder.

En realidad, de creer a HERRERO DE MIÑÓN, ocurriría al revés, y quienes cuestionaban la legitimidad del régimen más cuidadosos se mostraban en el ejercicio purísimo de la función asesora y de control, al tiempo que los opositores a su política más dispuestos se aprontarían a cumplir cualquier tipo de las insinuaciones del poder. La descripción es absolutamente exacta, pero de ahí no resulta

paradoja franquista alguna —nuestro autor lo viene a reconocer cuando proclama su convicción de que el Estado franquista, «al menos el que conoció en los sesenta», era un Estado de derecho—; más bien, si se me permite, lo que resalta es la "gran paradoja del Estado democrático". Que se le escape a hombre de la agudeza de HERRERO DE MIÑÓN, hasta el punto de situarse en el peor de los campos de la descripción neutral, sólo es comprensible por la intoxicación ideológica.

3. LA LEGITIMIDAD, AL FONDO

Si me he entretenido en lo anterior se debe principalmente a que, admitida la paradoja, aunque valorada de modo distinto a como lo hacía HERRERO DE MIÑÓN, quedamos obligados a indagar en las posibles razones de tal distorsión. Y lo que despunta explícitamente en las palabras que estamos comentando es el tema de la legitimidad. La sorpresa radicaba en que quienes no cuestionaban la legitimidad del régimen de Franco estaban prestos a contener el poder, mientras que los alejados del franquismo se brindaban a articular la voluntad del poder.

Precisamente en virtud de esa trabazón con la cuestión de la legitimidad, no he podido dejar de relacionar los desarrollos de HERRERO con otros que leía no hace mucho tiempo de un prestigioso administrativista español, hoy magistrado de su Tribunal Constitucional, el profesor GARRIDO FALLA. En su comunicación al pleno de numerarios de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del curso

1991-1992, publicada en el núm. 69 de sus *Anales*, se encaraba con lo que también calificaba de una gran paradoja: la de que igual que el "acto político o de gobierno" —el motivo próximo de su análisis residía en el riesgo de su resurrección en diversos proyectos legislativos del a la sazón gobierno socialista— sirvió para frenar la expansión del Estado de derecho, en su época fundacional, en consecuencia y por lo demás propicia para éste; la operación inversa de "administrativizar al Gobierno" durante nuestro decenio de los cincuenta —principalmente en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957— hizo posible la construcción de lo que llama el "Estado administrativo de derecho" [4].

Fueron una serie de circunstancias —para muchos de difícil explicación—, escribe, las que hicieron posible este acaecimiento: el nacimiento de la *Revista de Administración Pública*, en 1950, con un consejo de redacción cuya simple lectura ahorra muchas disquisiciones, por lo que de ilustración tiene respecto de la historia de nuestro último Derecho administrativo; la creación años después de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, etc. Pero son las líneas siguientes las que me parecen decisivas, y las que se acercan a lo que acabamos de leer a HERRERO DE MIÑÓN: «Por lo demás, la creación del que denomino Estado administrativo de derecho se ve favorecida por un clima del que, por haberlo vivido dentro de la Adminis-

[4] Fernando GARRIDO FALLA, «La resurrección del acto político del gobierno», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, núm. 69, 1993.

tración —y especialmente por mi contacto con la "clase política" del régimen en mi condición de letrado de las Cortes— me encuentro obligado a dar testimonio personal. Durante la década de los cincuenta y de los sesenta, un buen número de los altos cargos de la Administración estaban ocupados por excelentes juristas que, precisamente por serlo, creían en el Estado de derecho. Durante el tiempo que fue ministro de Educación el profesor RUIZ JIMÉNEZ, tuvo como subsecretario al desaparecido miembro de esta Corporación Segismundo ROYO-VILLANOVA; quien a su vez se rodeó de un gabinete técnico del que formábamos parte el también desaparecido catedrático de Derecho administrativo SERRANO GUIRADO, el que actualmente nos acompaña en nuestras labores corporativas profesor GONZÁLEZ PÉREZ y quien os dirige la palabra (que, al mismo tiempo, desempeñaba la Jefatura del Servicio de Recursos). Puedo asegurar que el número de recursos que se estimaban en vía administrativa en aquel Ministerio representa un porcentaje incomparablemente superior al de los que hoy se estiman en el conjunto de la Administración española.

»Y es que estos buenos juristas a los que me refiero sentían, en mayor o menor medida, lo que pudiésemos denominar complejo de "ilegitimidad de origen" en relación con el régimen político en el que desarrollaban sus actividades. Pertenece a los arcanos de lo futurible el conocer cuál hubiese sido la actitud de los vencedores, si nuestra guerra civil hubiese terminado con la victoria de las fuerzas de la República. Lo que sí constituye parte de nuestra historia es lo que realmente ocurrió tras la victoria

de las fuerzas nacionales: los años transcurrían sin que se vislumbrase un restablecimiento de las "libertades políticas" y, en general, de las instituciones democráticas. No es mi propósito emitir un juicio de valor en relación con esta época; sí me atrevo, en cambio, a formular un diagnóstico; creo que para muchos la falta de legitimidad en cuanto al origen había que compensarla con una legitimidad en cuanto al ejercicio. Dicho de otra forma: había que asegurar, cuando menos, el principio de legalidad de la actuación administrativa, su sometimiento al ordenamiento jurídico *vigente* (y subrayo lo de *vigente* para adelantarme a posibles observaciones)» [5].

Vemos, a pesar de que el "diagnóstico" del profesor GARRIDO FALLA no es coincidente con el de HERRERO DE MIÑÓN, cómo están de acuerdo en situar sus respectivas reflexiones a la sombra de la legitimidad. Antes de desgranar lo que suscitan en mí, no estará de más —por comparación— avanzar que es posible que ambas versiones, entre sí incompatibles, sean al tiempo verdaderas en parte. En definitiva, habrían operado motivaciones distintas en los hombres también distintos. Lo que no quita para que me parezca más agudo el foco del letrado del Consejo de Estado que el de las Cortes.

Resulta inevitable, por tanto, centrar la discusión sobre la legitimidad. Aquí los dos testimonios circulan por un mismo carril: el régimen de Franco sería ilegítimo y su cuestionamiento recibiría fundamento en el principio democrático. Con esta explicación resulta muy dificultoso dar respuesta a

---

[5] ÍD., *ibid.*, pp. 55-56.

la contradicción, casi enigma, con que de modo contrapuesto se enfrentaban nuestros dos autores. Habría que situarse en otro plano. Así, en comentario del libro de mi querida colega la profesora MARTÍNEZ-SICLUNA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, he escrito que el dualismo entre legalidad y legitimidad expresa dos formas bien diversas de fundar y limitar el Estado y el derecho positivo y, en el fondo, dos enteras concepciones de las relaciones entre la libertad individual y el poder estatal [6].

De suyo, en un planteamiento democrático del poder no hay más legitimidad que la legal, como ya decía Max WEBER de la legitimidad que llamaba "racional", razón por la que en puridad no cabe hablar de legitimidad desde un punto de vista democrático. Sin embargo —lo explicó con gran precisión el maestro Álvaro D'ORS y antes lo recordábamos—, la doctrina sigue esforzándose por procurar un sentido propio a la legitimidad como algo distinto de la legalidad, y precisamente como algo que se endereza a cambiar la actual legalidad. Así pues, esa legitimidad que la democracia hizo innecesaria, ha revivido después de modo bastardo en la referencia «a un derecho natural secularizado o a una pura aceptación democrática que vuelve a refundir la legitimidad en pura legalidad proyectada» [7]. Y es que, en última instancia, la consideración de la posible contradicción entre legalidad y legitimidad —escri-

[6] Cfr. Miguel AYUSO, "recensión" a Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, en *Razón Española*, núm. 62, 1993, pp. 376-378.

[7] Álvaro D'ORS, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979, p. 150.

be el mismo D'ORS en el libro que consagró al celebrar el cincuentario de 1936 y también ha salido en las primeras páginas de estas lecciones— «se relaciona con el reconocimiento del llamado derecho natural, que es el núcleo más elemental de aquel derecho divino que presupone la legitimidad»; pudiendo decirse que poder legítimo «es aquel que resulta conforme al derecho divino y a una tradición concreta de la comunidad respectiva, que ésta reconoce como esencial de su identidad histórica, aunque, por su misma naturaleza contingente, no puede pretender nunca la misma objetividad y universalidad del derecho divino» [8].

La democracia moderna se pretende contradictoriamente con sus postulados la única forma de gobierno legítima, pero disuelve la legitimidad en puro legalismo, cuando no en sociologismo rastrero. Por eso viene unida de modo inescindible a un determinado manejo de los resortes del poder y de los medios de comunicación de masas, con desprecio de los bienes morales y de los derechos de la sociedad, que conduce derechamente al núcleo teorético del totalitarismo. Sociólogos liberales como Tocqueville, *whigs* al estilo de BURKE o lord ACTON, o pensadores raigadamente católicos como DONOSO CORTÉS lo han explicado en todo tipo de registros. El régimen de FRANCO, en la senda de los poderes cristianos, y por encima de graves errores de constitución social y articulación representativa —en cuanto no creó realmente la democracia orgánica o la monarquía social y representativa que prego-

---

[8] ÍD., *La violencia y el orden*, Madrid, 1987, p. 50.

naba—, no dejaba reposar tanto la contención del poder en mecanismos constitucionales cuanto en estratos más hondos. Ahí se alcanza explicación a la "paradoja" de HERRERO DE MIÑÓN: los letrados y consejeros de Estado "franquistas" acreditaban una más cristalina actitud de contención del poder y de control de la actividad administrativa que los "demócratas" porque no podía ser de otro modo. ¿Dónde está la sorpresa?

Es innegable que en cierta medida la España de FRANCO careció de un Estado de derecho en sentido moderno (liberal). También es cierto que, con independencia de otro tipo de limitaciones de que carecen los regímenes llamados democráticos y que en cambio resultaban operantes entre nosotros, se produjo un esfuerzo de sujetar el arbitrio del poder por el derecho: el procedimiento administrativo, la justicia administrativa, la jurisdicción contenciosa etc., se fueron afirmando progresivamente entre nosotros. Hoy, cuando las proclamaciones constitucionales tributan a la filosofía política democrática, la realidad de la involución es indisimulable. Porque la mentalidad legista triunfa sobre la jurídica, porque la función pública está presidida por la libre designación. Y porque la independencia del poder judicial no pasa de ser una proclamación de principios. Pero esto último —mucho más decisivo para un Estado de derecho— merecería comentario aparte.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIÓN: EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEY Y LA RESTAURACIÓN DE LA LEGITIMIDAD

1. PÓRTICO

Difícil encerrar un panorama como el anterior en una conclusión comprensiva de sus múltiples facetas. De suyo, como en todas las situaciones de crisis, viene caracterizada por la presencia de signos contradictorios que pugnan entre sí. Así, si la recta filosofía jurídica —consecuencia de la prioridad que siempre ha dado al hallazgo y atribución de la cosa justa— ha tenido que esforzarse durante mucho tiempo en combatir el absolutismo de la ley y la confusión de ley y derecho [1], hoy, en cambio, ante la disolución de aquélla, debe resaltarse lo que tiene de participación del orden [2], incluso en su versión absolutivizada propia del pensamiento jurídico

[1] Cfr. Michel VILLEY, «Abrégé du droit naturel clasique», *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, núm. 6, 1961.

[2] Cfr. Eric VOEGELIN, *The Nature of Law*, Baton Rouge, 1991, pp. 7 ss.; Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Napoli, 1993, pp. 57 ss.

moderno. Aunque lo deseable sería la rehabilitación cabal de la ley, desprendida de la ganga de la concepción moderna, esto es, contemplada en su rica significación analógica como *aliqualis ratio iuris*.

Para ello puede procederse en un doble momento, como hemos intentado hacer aquí: mostrando, en primer término, los excesos a que ha arribado la moderna concepción de la ley en su crisis; para, de ahí, en segundo lugar, comprobar en la malicia de la ley moderna la fuente de tales excesos. Sólo entonces, en un tercer momento, se podrá recuperar el rostro clásico, asentado en la legitimidad y respetuoso del derecho.

2. LA DENUNCIA DE LA LEY MODERNA Y SU DEGENERACIÓN CONTEMPORÁNEA

En cuanto a lo primero, antes lo hemos visto en detalle, los propios administrativistas, causantes en buena medida de la difuminación de las exigencias tradicionales de la ley y del ascenso de los parámetros modernos, no dejan de observar en ocasiones cómo la diferencia entre la ley y el reglamento, en muchos casos, no es hoy otra que las de los diferentes procedimientos formales de elaboración [3]. También se ha observado, con mayor calado, cómo en el Estado contemporáneo el poder legislativo ha

[3] Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Prólogo» al volumen *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992. Puede verse, últimamente, del mismo autor su interesante *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999.

venido siendo instrumentalizado por el ejecutivo, pasando a convertirse en el ejecutor de la política de éste. Así, ha olvidado su función de elaborar leyes tratando de plasmar en ellas lo que es justo según la justicia general y su pauta del bien común, para pasar a convertirse en un poder que elabora leyes que realizan la política del Gobierno, donde la finalidad no es propiamente ya la justicia, sino la eficacia, valor éste que, así, se transmite del legislativo al ejecutivo, con la confusión de los principios rectores de cada uno. Por eso, las leyes dejan de ser normas con vocación de durabilidad y permanencia, para sujetarse a los avatares propios de un Gobierno que se olvida de gobernar si no es a base de "legislar" [4].

3. EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEY Y LA RESTAURACIÓN DE LA LEGITIMIDAD

Finalmente, se ha dicho también que todo ordenamiento jurídico, para serlo verdaderamente, debe fundarse sobre el orden metafísico, pues nace para ordenar, esto es, por la necesidad de instaurar el orden, y no "un orden" cualquiera, sino el que conviene a la naturaleza del hombre en cuanto hombre. Por eso, incluso los ordenamientos jurídicos "ideológicos", esto es, los carentes de fundación "filosófica", testimonian la fe en un conjunto de valores o de pseudo-valores, reconocidos como tales por los

[4] Cfr. Federico J. CANTERO, «La seguridad jurídica», *Verbo*, Madrid, núm. 325-326, 1994, p. 561.

ciudadanos. En un reconocimiento que deriva del hecho de que los ciudadanos son "educados" a considerar que el ordenamiento jurídico es necesario y bueno. Y es que las leyes concurren a la conservación y a la creación de hábitos y costumbres, esto es, no sólo representan la fuerza en función de la cual deben obedecerse, sino que se constituyen en instrumento para la transmisión (tradición) de un patrimonio moral. De donde se sigue —ha explicado el profesor Danilo CASTELLANO— que las leyes deben ser justas, estables, coherentes, hechas respetar imparcialmente, así como no caer en la laxitud ni en la demagogia [5].

Por todo ello, en el curso de sus trabajos ya citados de metodología jurídica, nuestro maestro Juan VALLET ha podido aportar una completa "metodología de la ley", que constituye una magna reelaboración de toda la problemática que levanta la ley, diferenciada del derecho y contemplada como norma del mismo, comprensiva de toda clase de leyes divinas y humanas: entre aquéllas, no sólo las reveladas, sino también las naturales; entre éstas, las promulgadas, pero también las costumbres, la jurisprudencia o la opinión de los autores [6]. Lo que nos abre el camino, del que ya adelantamos antes algunos de sus tramos, de la necesidad de recuperar la ciencia prudencial legislativa frente a las formulaciones ideológicas y las técnicas legislativas al servicio de ellas.

---

5. Cfr. Danilo CASTELLANO, *La racionalità della politica*, cit., pp. 58 ss.

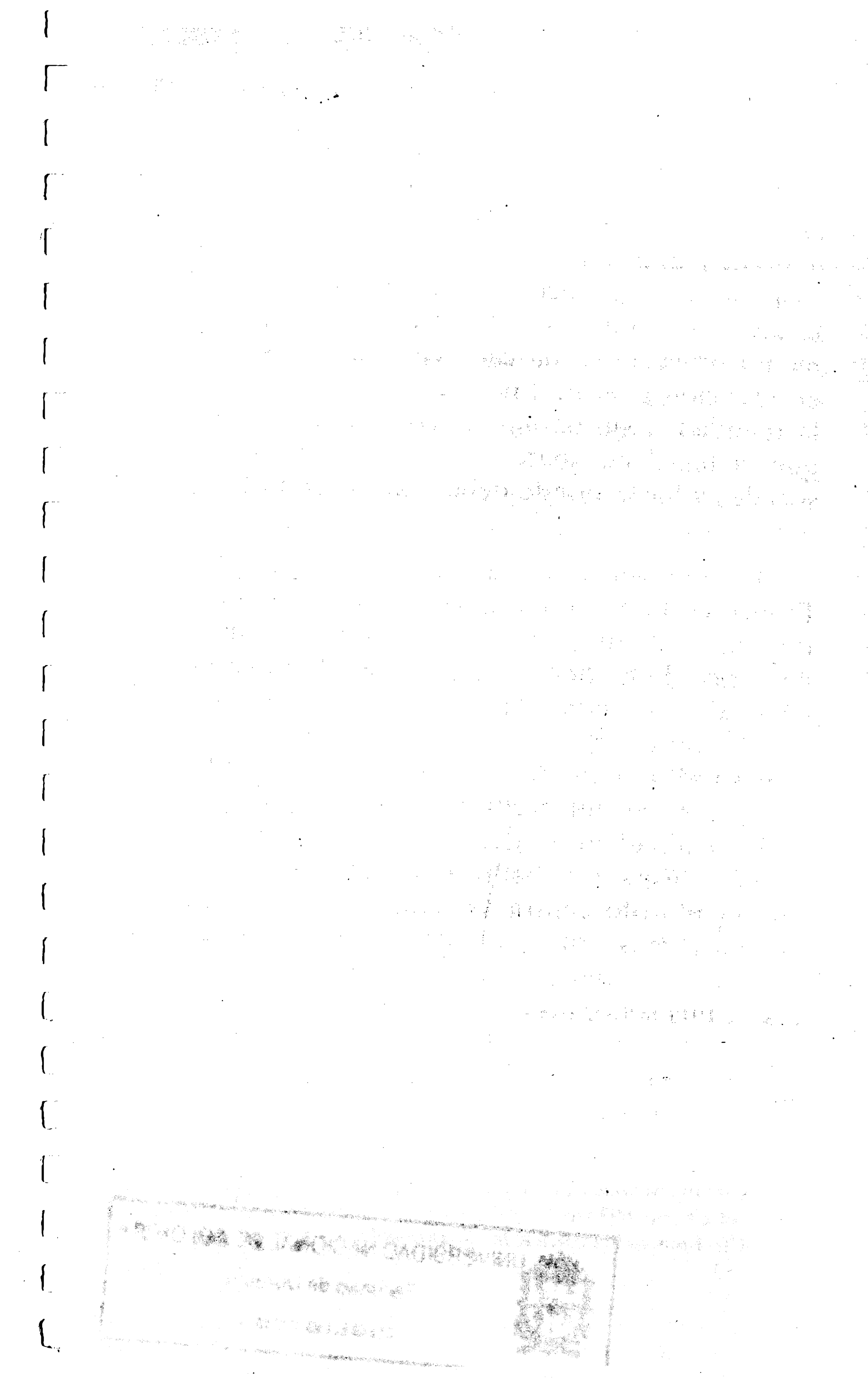
6. Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991.

La determinación isidoriana de las condiciones que la ley debe reunir, la recapitulación tomista o el acervo montesquieuniano nos muestran un conjunto de pautas dignas de ser atendidas. Pero, sobre todo, se abre la necesidad de que la finalidad de la ley sea científicamente examinada y prudentemente proyectada, en cada caso al que se refiera, en atención a su destino y a su contacto vital con la realidad, y sin perder de vista cuál es el ámbito que la ley debe abarcar dentro de las relaciones sociales y hasta dónde debe penetrar en el terreno moral [7].

La inteligencia política clásica, que el profesor Francesco GENTILE ha opuesto a la razón de Estado [8], abre el horizonte del bien común frente a los desvaríos de la ideología, permitiendo la recuperación de una legitimidad anclada en la ley natural y en la constitución natural de las sociedades. Cuestiones todas que si de suyo no tienen fácil solución, aún presentan un perfil más arduo en la enmarañada realidad presente. Ya VICO, napolitano del período hispánico, había señalado cómo mientras que el filósofo centra su afán en la búsqueda de la única causa de distintos efectos, el jurista se empeña en el discernimiento de los múltiples efectos de una sola causa.

[7] Cfr. ÍD., *Metodología jurídica*, cit., pp. 378 ss.; ÍD., *Metodología de las leyes*, cit., pp. 693 ss.

[8] Cfr. Francesco GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Sta*[illegible]no, 1983.



BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Política*.

AYUSO, Miguel, «Principios generales del derecho, derecho natural y Constitución», en el volumen *Los principios generales del derecho*, Madrid, 1993.

— «Ley y democracia», *Verbo*, Madrid, núm. 337-338, 1995.

— *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996.

— «La quiebra de la función judicial y del control legislativo como órdenes de justicia», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996.

— «La corrupción de la ley», *Razón Española*, Madrid, núm. 78, 1996.

— *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000.

BASTIT, Michel, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, 1990.

— «La loi», *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, 1990.

BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel de la, *L'activité étatique*, Paris, 1954.

BOBBIO, Norberto, «Sur le principe de legitimité», en el volumen *L'idée de legitimité*, Paris, 1967.

BURDEAU, Georges, «Essai sur l'evolution de la notion de loi en droit français», *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1939.

CANTERO, Estanislao, «La quiebra de la tradición jurídica española», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996.

CANTERO, Federico, «La seguridad jurídica», *Verbo,* Madrid, núm. 325-326, 1994.

CASTELLANO, Danilo, *La razionalità della politica,* Napoli, 1993.

DÉHERME, Georges, *Démocratie et sociocratie*, Paris, 1936.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Aproximación a una sociología de la familia», *Verbo,* Madrid, núm. 339-340, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

— «Prólogo» al volumen *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992.

— *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando, «La resurrección del acto político del gobierno», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, núm. 69, 1993.

GENTILE, Francesco, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1983.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *Memorias de estío*, Madrid, 1993.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, 1945, vers. castellana, México, 1949.

LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Barcelona, 1979.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, «El buen hacer de las leyes», *ABC*, Madrid, de 16 de noviembre de 1995.

MARTÍNEZ-SICLUNA, Consuelo, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid, 1991.

— «La conculcación del Estado de derecho: legalidad *versus* legitimidad», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996.

MONTESQUIEU, Barón de, *L'esprit des lois*.

ORS, Álvaro d', *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid-Roma, 1973.
— *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979.
— *La violencia y el orden*, Madrid, 1987.
PASSERIN D'ENTRÈVES, Alexandre, «Legalité et legitimité», en el volumen *L'idée de legitimité*, Paris, 1967.
PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, 1987.
SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität*, 1939, vers. castellana, Madrid, 1971.
SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, «Consideraciones sobre la ley y el Estado de derecho: la manipulación de la ley», en el volumen *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996.
SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*.
TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Summa theologiae*.
VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *En torno al derecho natural*, Madrid, 1973.
— *Más sobre temas de hoy*, Madrid, 1979.
— *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982.
— *Metodología jurídica*, Madrid, 1988.
— *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991.
— *Metodología de la determinación del derecho*, 2 vols., Madrid, 1994 y 1996.
— *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. 1, Madrid, 2000.
VEGAS LATAPIE, Eugenio, *Romanticismo y democracia*, Santander, 1938.
— *Consideraciones sobre la democracia*, Madrid, 1965.
VILLEY, Michel, «Abrégé du droit naturel clasique», *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 6, 1961.
VOEGELIN, Eric, *The Nature of Law*, Baton Rouge, 1991.
WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesselschaft*, 1925, vers. castellana, México, 1944.

ÍNDICE ANALÍTICO